

La Cassazione riafferma principi noti in tema di scorrimento delle graduatorie nell'ambito dei concorsi pubblici

di A. Ripepi - 1 febbraio 2025

La pronuncia in commento (Cass., ordinanza, 16 ottobre 2024, n. 26824), si segnala quale rilevante attuazione dei principi, già da tempo sanciti da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14 e, in tempi recenti, da Cons. Stato, Sez. VII, 29 aprile 2024, n. 3855 (se si vuole, A. Ripepi, *Scorrimento delle graduatorie o nuovo concorso? Il controverso caso della procedura per il reclutamento di dirigenti bandita dall'Agenzia delle Entrate*, in www.rivistalabor.it, 17 maggio 2024).

Occorre premettere che le norme sul pubblico impiego hanno spesso introdotto la possibilità per le Pubbliche amministrazioni di utilizzare una graduatoria anche oltre i termini della singola procedura concorsuale.

Lo scopo è quello di consentire che possa trovare soddisfazione l'esigenza dell'Amministrazione di ovviare tempestivamente alla vacanza sopravvenuta di posti in organico attingendo alle risultanze di un precedente concorso, piuttosto che bandendo un nuovo procedimento concorsuale.

Naturalmente, tale prerogativa è volta al perseguimento dell'interesse pubblico ad evitare un allungamento dei tempi e un ulteriore dispendio di risorse, in ottemperanza al disposto di cui all'art. 97, comma 1, Cost. e nel contemperamento con l'altra e non minore esigenza di garantire che l'accesso al pubblico impiego avvenga tramite concorso.

L'art. 35, comma 5 ter, d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dalla l. n. 244 del 2007, prescrive che «Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le Amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali». Si tratta di un istituto ordinario ("a regime") delle procedure di reclutamento del personale pubblico ed è riferito, indistintamente, a tutte le Amministrazioni.

Il d.l. 2 aprile 2023, n. 44, convertito con modificazioni in l. 21 giugno 2023, n. 74, ha aggiunto al succitato comma 5 ter il seguente periodo: «Nei concorsi pubblici sono considerati idonei i candidati collocati nella graduatoria finale entro il 20 per cento dei posti successivi all'ultimo di quelli banditi. In caso di rinuncia all'assunzione o di dimissioni del dipendente intervenute entro sei mesi dall'assunzione, l'amministrazione può procedere allo scorrimento della graduatoria nei limiti di cui al quarto periodo».

Evidenti i profili di collegamento con Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14, pronuncia che era intervenuta a dirimere un contrasto di giurisprudenza (G. Corso, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rassegna Forense*, 2014, 634).

Un primo indirizzo, infatti, riteneva che l'attuazione dell'art. 97 Cost., nella parte in cui sancisce la primazia del concorso pubblico come modalità di accesso agli impieghi pubblici, imponesse il pubblico concorso quale regola per il reclutamento, senza necessità di alcuna specifica motivazione. L'indizione del nuovo concorso, in particolare, avrebbe configurato una scelta di merito dell'azione amministrativa, non sindacabile in sede giurisdizionale, sal-

va la sussistenza di macroscopici vizi di eccesso di potere per illogicità e travisamento dei fatti.

A questo indirizzo se ne contrapponeva un altro, poi recepito dall'Adunanza Plenaria, in forza del quale la determinazione di indire un nuovo concorso, dando luogo ad una decisione amministrativa assunta in presenza di possibili alternative, dev'essere adeguatamente motivata, pure e soprattutto con riguardo alla valutazione degli interessi dei candidati idonei collocati in graduatorie ancora efficaci.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza sopra citata, ha statuito che, così come la scelta di indire un nuovo concorso non costituisce la regola, allo stesso tempo non può sussistere un vincolo di automatica copertura del posto resosi vacante mediante scorrimento di una graduatoria esistente. Tuttavia, una volta assunta la decisione circa l'*an* della copertura di un posto in organico, non può risultare indifferente, sul punto relativo al *quomodo* del reclutamento, il fatto che sia pendente una graduatoria: in tal caso, l'Amministrazione dovrà adeguatamente motivare la scelta per una procedura o per l'altra, anche alla luce del principio di economicità dell'azione amministrativa (D. Bolognino, *L'influenza del principio di economicità sulle scelte di (macro) organizzazione per la copertura dei posti vacanti: tra concorso pubblico, scorrimento delle graduatorie e mobilità*, in LPA, 2012, 891). Nel caso in cui si intenda contestare la decisione di indire un nuovo concorso, la giurisdizione sarà del Giudice Amministrativo (Cass., Sez. Un., ordinanza 12 agosto 2021, n. 22746, in www.rivistalabor.it, 30 agosto 2021, V. A. Poso, *Gli incerti confini della giurisdizione in materia di procedure concorsuali di pubblico impiego privatizzato*).

La Plenaria non condivide, altresì, l'argomento secondo cui le decisioni organizzative dell'Amministrazione, comprese quelle con cui si indice un nuovo concorso, afferendo al "merito", non richiederebbero alcuna particolare motivazione. Detta tesi, infatti, trascura di considerare non solo il valore di principio dell'art. 3, l. n. 241 del 1990, ma anche la circostanza per cui le opzioni compiute dal soggetto pubblico in questo ambito hanno importanti ricadute in termini di efficacia ed efficienza e incidono, comunque, sulle aspettative e sugli interessi dei soggetti idonei.

Parimenti, per negare la sussistenza dell'obbligo di motivazione non è pertinente il richiamo alla natura di atto generale del bando, poiché l'obbligo di motivazione non riguarda il contenuto delle disposizioni generali racchiuse in tale atto, bensì la determinazione con cui l'Amministrazione stabilisce la procedura per il reclutamento del personale.

Il dovere di motivazione dell'atto di indizione del concorso, pertanto, rileva in una duplice direzione:

- evidenzia l'interesse pubblico dell'Amministrazione sotteso alla scelta compiuta;
- indica l'attenta considerazione degli interessi giuridici facenti capo ai soggetti collocati in graduatorie ancora efficaci.

Infine, la Plenaria ha messo in luce come l'opzione di riconnettere una discrezionalità limitata all'amministrazione circa le modalità dell'assunzione, accordando tendenziale preferenza allo scorrimento, appaia a ben vedere maggiormente rispettosa dei principi di trasparenza e di imparzialità. Infatti, ove l'Amministrazione avesse mano libera nel senso di indire o meno

un concorso, essendo i nominativi dei soggetti in graduatoria ben noti a tutti, il maggiore o minore 'gradimento' che i soggetti che vi si trovano incontrano presso l'ente che deve provvedere all'assunzione potrebbe indebitamente interferire sulla decisione.

Il Supremo Consesso conclude affermando che si è ormai realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace. Quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico.

In ogni caso, l'utilizzo dello scorrimento della graduatoria, nel rispetto dei principi fissati dall'art. 35, d.lgs. n. 165 del 2001, presuppone l'esistenza di posti vacanti disponibili in riferimento alla specifica posizione lavorativa alla quale si riferisce la procedura concorsuale già espletata, nonché ai requisiti attitudinali e professionali che la stessa richiede. La preferenza espressa in termini generali dall'ordinamento per lo scorrimento della graduatoria, infatti, incontra un limite nella necessità di selezionare professionalità rispondenti alle esigenze dell'Amministrazione che, quindi, legittimamente indice una nuova procedura concorsuale nei casi in cui sia mutato il contenuto professionale delle mansioni proprie del profilo lavorativo alla cui provvista si mira.

In senso confermativo, in tempi recenti, Cons. Stato, Sez. V, 16 maggio 2023, n. 4873 aveva già specificato che *«la stessa Adunanza Plenaria si preoccupa di precisare che “la riconosciuta prevalenza delle procedure di scorrimento non è comunque assoluta e incondizionata. Sono tuttora individuabili casi in cui la determinazione di procedere al reclutamento del personale, mediante nuove procedure concorsuali, anziché attraverso lo scorrimento delle preesistenti graduatorie, risulta pienamente giustificabile, con il conseguente ridimensionamento dell'obbligo di motivazione”; tra questi “può acquistare rilievo l'intervenuta modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella riferita alla graduatoria ancora efficace, con particolare riguardo al contenuto delle prove di esame e ai requisiti di partecipazione”; o anche la valutazione del “contenuto dello specifico profilo professionale per la cui copertura è indetto il nuovo concorso e delle eventuali distinzioni rispetto a quanto descritto nel bando relativo alla preesistente graduatoria”»*.

Strettamente connessa alla tematica fin qui esaminata è quella relativa alla natura della posizione giuridica soggettiva dell'idoneo non vincitore a fronte della decisione dell'Amministrazione di ampliare il proprio organico; questione cui è pure collegata quella relativa alla individuazione del giudice dinanzi al quale l'idoneo non vincitore inserito nella graduatoria finale ancora efficace deve far valere le sue ragioni a fronte di un'Amministrazione che intenda attendere al reclutamento con l'indizione di una nuova procedura concorsuale anziché con lo scorrimento.

In ossequio all'opzione interpretativa secondo cui l'Amministrazione deve sempre motivare la determinazione di indire un nuovo concorso, posizione minoritaria fino al ribaltamento intervenuto con la citata sentenza della Plenaria n. 14 del 2011, si riconosceva in capo al candidato idoneo all'assunzione un vero e proprio diritto soggettivo allo scorrimento di una graduatoria ancora efficace.

Si riteneva, infatti, che in virtù del generale processo di privatizzazione e contrattualizzazione dell'impiego pubblico, venuti meno i poteri autoritativi della Pubblica amministrazione, l'interesse legittimo pretensivo all'assunzione, in carenza di un potere pubblico, si fosse trasformato in un vero e proprio diritto soggettivo scaturito per effetto di un bando integrante una vera e propria promessa al pubblico relativa alla costituzione di un rapporto di lavoro.

L'esposta qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione propria del soggetto inserito in graduatoria ancora efficace ha comportato, sul versante processuale, l'adesione alla tesi che radica in capo al giudice ordinario le controversie in materia di diniego di scorrimento della graduatoria.

In effetti, costituisce ormai *ius receptum* (cfr. Cass. 20 ottobre 2017, n. 24878, e Cass. SS.UU., 29 dicembre 2016, n. 27460) che i candidati, utilmente collocati in una graduatoria finale di un concorso pubblico ancora efficace possono ricorrere alla giurisdizione del giudice ordinario nel caso in cui vantino un diritto perfetto all'assunzione, derivante da una decisione dell'Amministrazione di coprire i posti vacanti mediante scorrimento della precedente graduatoria e la contestazione abbia ad oggetto le modalità di attuazione dello scorrimento della graduatoria del concorso espletato.

Diversamente, se la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto è consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio di un potere autoritativo dell'Amministrazione, al quale corrisponde una situazione di interesse legittimo del singolo candidato idoneo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del D.Lgs. n. 165 del 2001 (cfr., ex multis, Cass., SS.UU., 28 maggio 2013, n. 13177, 6 maggio 2013, n. 10404 e 31 ottobre 2012, n. 18697).

Più specificamente, è stato affermato (Cass., SS.UU., 22 agosto 2019, n. 21607) che in tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego c.d. privatizzato, quando la pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento della graduatoria sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento che disponga di non coprire più (o di coprire diversamente) il posto resosi vacante, anziché avvalersi dello scorrimento della graduatoria del concorso anteriormente espletato, si è in presenza d'una contestazione che investe l'esercizio del potere dell'amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4, del D.Lgs. n. 165/2001 (Cass., SS.UU., 20 dicembre 2016, n. 26272, 16 novembre 2009, n. 24185).

Anche il Consiglio di Stato (Sez. II, 21 ottobre 2019, n. 7104; Sez. III, 3 luglio 2018, n. 4078) ha riconosciuto che la pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento della graduatoria del concorso espletato, appartiene – in linea di principio – alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi in tal modo valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale (e, quindi, ai sensi dell'art. 63, comma 1, del D.Lgs. 30 marzo 2002, n. 165) un "diritto all'assunzione"; viceversa, ove la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di una nuova procedura concorsuale, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'amministrazione, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo e, dunque, sussiste la giurisdizione del giu-

dice amministrativo: assunto, questo, puntualmente condiviso anche dal giudice della giurisdizione (cfr. sul punto Cass. civ., SS.UU., 22 ottobre 2018, n. 26596).

Pertanto, le questioni relative al mero scorrimento delle graduatorie, coinvolgendo il diritto soggettivo all'assunzione, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre le questioni in cui si controverte in ordine alla legittimità dell'esercizio del potere pubblico inerente alla decisione se indire un concorso o utilizzare una determinata graduatoria appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. VI, 19 febbraio 2016, n. 671; Sez. III, 21 maggio 2013, n. 2754), atteso che la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale e riguardante la pretesa allo "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il diritto all'assunzione.

Nel caso di specie oggetto della pronuncia di legittimità qui segnala, la Corte d'appello, in applicazione di tali coordinate ermeneutiche, ritenendo sussistente la giurisdizione del G.O., aveva affermato che l'idoneo non vincitore non ha un diritto soggettivo allo scorrimento, il quale rimane scelta discrezionale della P.A., e che l'indizione di nuovi concorsi non dimostra e non surroga la volontà di coprire i nuovi posti resisi vacanti mediante lo scorrimento.

La Suprema Corte non ravvisa ragioni per discostarsi da tale consolidato orientamento che, pertanto, viene riaffermato, con conseguente soccombenza del ricorrente.

Antonino Ripepi, procuratore dello Stato in Reggio Calabria

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 16 ottobre 2024, n. 26824](#)